

## 98. De Kachel & Victoria

Hof Arnhem, 17 juni 2010

Grijze muis nummer zoveel heeft gesproken. Volgens mijn buurman op de publieke tribune heette hij Roland Freisler; hoewel ik dacht dat die al in 1945 zijn verdiende loon kreeg. Mijn andere buurman verzuchtte: "Wat een betutteling." Een man in het zwart riep: "Moordenaar!" Een heer in een tweedjasje merkte op: "Waarom zag die rechter toch zo bleek, zou hem iets gemankeerd hebben?"

De keurige rechter - hoewel statistisch onbenul - hield zich keurig aan de Nederlandse wet die door het braafste jongetje van de Europese klas meestal een stukje verder wordt opgerekt dan Brussel van ons eist. De uitspraak luidde dat ook de kleine cafés zoals *De Kachel* in Groningen en *Victoria* in Breda zich voortaan aan het rookverbod dienen te houden. Net als in Italië en Ierland. Niks eigen keus zoals in Spanje, Oostenrijk of in de meeste Duitse deelstaten. De onafhankelijke rechter is essentieel voor het klassieke machtsevenwicht tussen wetgever, regering en rechtspraak. Regering en rechter zijn hierin de scheppers van recht zolang het geen wet is, de eerste door middel van beleid in gegeven omstandigheden, de tweede door jurisprudentie in onvoorziene situaties. Het Hof in Arnhem ging - na verwijzing door de Hoge Raad - deze creatieve ruimte uit de weg. In plaats van een stellingname ten behoeve van de gewone man die in zijn café zijn sigaret wil roken, koos het Hof voor de veiligste weg: de marginale toetsing. Volgens de boekjes wil 'marginale toetsing' zeggen dat de rechter alleen beoordeelt of een overheid bij het hanteren van de wet redelijkerwijs tot zijn besluit ofwel zijn interpretatie van de wet kon komen. Hier ging het erom dat de kleine kroeg die geen aparte rookruimte kan inrichten tot sluiting zou worden gedwongen; terwijl nimmer een ongewild passief-roker van de 2.000 die de rechter daartoe uit de lucht greep er ooit binnenloopt. Dat de wetgever de consequenties voor de eenmanszaken was vergeten, achtte het Hof niet bewezen. De uitspraak van het Hof illustreert de *feitelijke definitie* van marginale toetsing die (zoals door mij gepubliceerd in 2002 in het Zwartboek MKZ) als volgt luidt: marginale toetsing wil zeggen dat de burger in een procedure tegen de overheid slechts dan een kans maakt als het overheidsbelang marginaal is.

De volgende vraag is: Wat is in dit geval het overheidsbelang? De volksgezondheid. Dat zei de rechter ook. De overheid mag ons voor ons eigen bestwil voorschrijven wat goed voor ons is, dus: het roken zo mogelijk belemmeren. Uitlaatgassen van auto's kun je niet verhinderen, vliegverkeer (tegen stunttarieven) kun je ook niet verhinderen, hoezeer die de openbare ruimte ook bezoedelen, maar een klein café (waar die openbare ruimte zich tot binnenshuis beperkt!) is een makkelijk slachtoffer. Over proportionaliteit gesproken.

Stel nu dat er een grondrecht was volgens welk recht we onze eigen gezondheid zouden mogen definiëren, dan zouden we zelf mogen kiezen hoe we onze stress af willen reageren, door al of niet te roken in een café waar rokers komen; of door een kwakzalver of Jomanda te raadplegen. Wat heeft het grondrecht vrijheid van meningsuiting voor zin als we ons leven niet conform die mening mogen inrichten, en dus ook mogen beslissen over onze eigen gezondheid? Die vraag zou een wetgever zich moeten stellen, dat zou namelijk een heel ander licht werpen op de zogeheten klassieke vrijheidsrechten. Thans is dat een lappendeken, als een middeleeuwse landkaart. Een demarcatiebeginsel dat de vrijheidsrechten een paraplu geeft en de grenzen van overheidsbemoeizucht formuleert, komt in geen enkel verkiezingsprogramma voor. Zoiets wil men in Den Haag niet kennen, en de reden is duidelijk, er is namelijk nog een ander overheidsbelang dat met het rookverbod een rol speelt, macht. Macht vereist schaalvergroting; ook van alle plaatsen waar mensen elkaar ontmoeten. Immers hoe groter de schaal hoe eenvoudiger de controle. Proost. Op *De Kachel!* Op *Victoria!*

*Uw columnist, V.L.*